

Verplichte doorverwijzing naar bemiddeling: we can lead a horse to water, but can we make it drink?

Tom Wijnant

In uitvoering van het federaal regeerakkoord en het Justitieplan heeft de Belgische regering begin februari 2018 een wetsontwerp ingediend in de Kamer van Volksvertegenwoordigers met de bedoeling om alternatieve geschillenoplossing, en in het bijzonder bemiddeling, extra te promoten. Overheidsrechtspraak wordt daarbij gezien als een *ultimum remedium* wanneer minnelijke oplossingstrajecten geen soelaas bieden. Het geamendeerde wetsontwerp werd op 6 juni 2018 plenair goedgekeurd en trad (grotendeels) in werking op 12 juli 2018. In de nieuwe wet springt voornamelijk de verplichte bemiddelingspoging in het oog. Minister van Justitie Koen Geens doet daarmee het heilig huisje van de vrijwilligheid van de bemiddeling op zijn grondvesten daveren. Deze bijdrage neemt die opmerkelijke innovatie onder de loep en maakt enkele kritische kanttekeningen.

Inleiding

Bemiddeling wordt in België amper aangewend om conflicten af te handelen, terwijl de rechtbanken overbelast blijven. Zo vinden, ondanks de potentiële voordelen, naar schatting slechts 5.000 bemiddelingen plaats per jaar, terwijl de hoven en rechtbanken meer dan 1 miljoen vonnissen en arresten vellen.¹ Door de aanhoudende bemiddelingsparadox² miste de Belgische bemiddelingswet uit 2005 (Deel VII Gerechtelijk Wetboek) haar doel. De huidige hervorming³ moet bemid-

- 1 Zie bMediation, Bemiddelingsbarometer 2016, www.bmediation.eu/images/stories/publications/bemiddelingsbarometer%202016%20nl%20final.pdf (consultatie 6 juni 2018), 6 en K. Geens, Het Justitieplan. Een efficiëntere justitie voor meer rechtvaardigheid, https://cdn.nimbu.io/s/1jn2gqe/assets/Plan_justitie_18maart_NL.pdf (consultatie 6 juni 2018), 14, nr. 15.
- 2 Ondanks de voordelen van bemiddeling geeft de rechtzoekende nog steeds de voorkeur aan overheidsrechtspraak om een einde te maken aan een geschil. In de EU zou bemiddeling slechts aangewend worden in minder dan 1% van de burgerlijke en commerciële geschillen. Zie G. de Palo, L. d'Urso, M. Trevor, B. Branon, R. Canessa, B. Cawyer & L. Reagan Florence, 'Rebooting' the mediation directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU (studie Europees Parlement), Brussel, Europese Unie, Directoraat-Generaal Intern Beleid – Afdeling Beleid C, 2014, [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf) (consultatie 18 juni 2018), 231 p.
- 3 Wet van 18 juni 2018 houdende diverse bepalingen inzake burgerlijk recht en bepalingen met het oog op de bevordering van alternatieve vormen van geschillenoplossing, BS 2 juli 2018, 54.455 (hierna: Wet Bevordering ADR). Voor een bondige bespreking van de krachtlijnen, sterktes en valkuilen in het oorspronkelijke wetsontwerp, zie T. Wijnant, 'Alternatieve geschillenoplossing: opgepast voor de valkuilen', *Juristenkrant* 2018, afl. 364, p. 12.

Tom Wijnant

deling alsnog meer slagkracht geven, hetgeen de gerechtelijke achterstand ten goede moet komen.⁴ De verplichte bemiddelingspoging wordt daarbij door minister van Justitie Koen Geens naar voren geschoven als een uitgelezen instrument om die doelstelling te bereiken.⁵

De wet schrijft meer bepaald voor dat, wanneer de rechter oordeelt dat een verzoening tussen de partijen mogelijk is, hij ambtshalve of op verzoek van een van de partijen een bemiddeling kan bevelen, weliswaar enkel nadat hij de partijen gehoord heeft en enkel op de inleidingszitting, op de zitting waarop een zaak wordt verdaagd naar een nabije datum of op een zitting die bepaald is ten laatste op de laatste dag van de maand volgende op die van de neerlegging van de conclusies van de verweerder (nieuw art. 1734, § 1, lid 2 Ger.W.). De mogelijkheid tot een verplichte doorverwijzing wordt daarmee doelbewust beperkt tot de aanvangsfase van de gerechtelijke procedure, opdat de toegang tot de overheidsrechter niet buitensporig vertraagd zou worden en de doorverwijsmogelijkheid naar bemiddeling geen rechtsweigerings in de hand zou werken.⁶ Hoewel de regering aanvankelijk een quasi-onvoorwaardelijke doorverwijsmogelijkheid voor ogen had, werd de bevoegdheid van de rechter ingevolge goedgekeurde⁷ amendementen vanuit de meerderheid⁸ aanzienlijk ingeperkt nu de rechter de partijen niet mag doorverwijzen indien *alle* procespartijen daartegen gekant zijn. Ondanks vergeefse tegenkanting vanwege de oppositie⁹ blijft de mogelijkheid van een verplichte doorverwijzing naar bemiddeling, zij het in afgezwakte vorm, evenwel overeind.

De nieuwe wet maakt enkel de verplichte *gerechtelijke* bemiddelingspoging mogelijk. De rechter kan de partijen bijgevolg enkel dwingend doorverwijzen *nadat* een procedure bij hem aanhangig werd gemaakt. De wet voorziet geen verplichte *voor-*

4 MvT bij wetsontwerp houdende diverse bepalingen inzake burgerlijk recht en houdende wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op de bevordering van alternatieve vormen van geschillenoplossing, Parl.St. Kamer 2017-18, nr. 54-2919/1, p. 55. Zie ook Regeerakkoord federale regering Michel I, 10 oktober 2014, www.premier.be/sites/default/files/articles/accord_de_gouvernement_-_Regeerakkoord.pdf (consultatie 6 juni 2018), p. 109 en K. Geens, Het Justitieplan – Een efficiëntere justitie voor meer rechtvaardigheid, https://cdn.nimbu.io/s/1jn2gqe/assets/Plan_justitie_18maart_NL.pdf (consultatie 6 juni 2018), p. 34.

5 De intentie om een verplichte bemiddelingspoging in te voeren werd reeds in de zomer van 2017 aangekondigd, vlak voordat het voorontwerp in de ministerraad werd goedgekeurd. Zie www.koengeens.be/news/2017/07/20/rechter-kan-ruziende-partijen-verplichten-tot-bemiddeling (consultatie 6 juni 2018).

6 MvT bij wetsontwerp houdende diverse bepalingen inzake burgerlijk recht en houdende wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op de bevordering van alternatieve vormen van geschillenoplossing, Parl.St. Kamer 2017-18, nr. 54-2919/1, p. 55 en 256.

7 Verslag van de eerste lezing namens de commissie voor de justitie, Parl.St. Kamer 2017-18, nr. 54-2919/6, p. 82.

8 Amendementen nrs. 57 en 105 (R. Terwingen c.s.), Parl.St. Kamer 2017-18, nr. 54-2919/3, p. 93-95 en 157.

9 Amendement nr. 91 (C. Brotcorne en Ö. Özen), Parl.St. Kamer 2017-18, nr. 54-2919/3, p. 139: 'De bemiddeling is volstrekt vrijwillig en mag zonder het akkoord van de partijen niet ambtshalve door de rechter worden opgelegd. Zelfs wanneer de rechter van oordeel is dat een toenadering tussen de partijen mogelijk is, mag hij de partijen niet verplichten om in bemiddeling te stappen.' Dit amendement werd vervolgens verworpen. Zie verslag van de eerste lezing namens de commissie voor de justitie, Parl.St. Kamer 2017-18, nr. 54-2919/6, p. 83.

Verplichte doorverwijzing naar bemiddeling: we can lead a horse to water, but can we make it drink?

afgaande (buitengerechtelijke) bemiddelingspoging, waarbij partijen in bepaalde materies (bijv. burenruzie, echtscheiding, geschillen met betrekking tot de uitoefening van het ouderlijk gezag) een bemiddelingspoging zouden moeten ondernemen *vooraleer* zij toegang krijgen tot de rechter.¹⁰

Hierna wordt in eerste instantie geduid in welke mate en op welke niveaus de nieuwe wetgeving de vrijwilligheid van het bemiddelingstraject aantast. Ook de draagwijdte van de verplichting wordt onder de loep genomen. Vervolgens volgt een analyse van de mate waarin de regeling in overeenstemming is met het recht op toegang tot de rechter. De verplichte bemiddelingspoging wordt aansluitend gekaderd binnen de Europeesrechtelijke verplichtingen van België, nu de Europese Commissie grotere inspanningen verwacht van de lidstaten om bemiddeling te promoten. Deze bijdrage bespreekt daaropvolgend of deze verregaande maatregel geoorloofd is om een passend gebruik van bemiddeling te bewerkstelligen, waarna het draagvlak voor de verplichte bemiddelingspoging binnen de Belgische advocatuur wordt belicht op basis van resultaten van empirisch onderzoek. Het artikel behandelt ook kort enkele alternatieve wegen die de beleidsmakers hadden kunnen bewandelen om bemiddeling vaste voet aan de grond te doen krijgen. Deze bijdrage sluit ten slotte af met een conclusie.

Vrijwilligheid onder vuur

Hoewel de absolute vrijwilligheid van de buitengerechtelijke bemiddeling wordt gehandhaafd, nemen de regering en het parlement het vrijwillige karakter van de gerechtelijke bemiddeling hevig onder vuur. Toch wordt dit beginsel niet helemaal ondergraven. De vrijwilligheid is immers opgebouwd uit *drie* pijlers,¹¹ waarvan de nieuwe wet voornamelijk de eerste aantast. De eerste pijler heeft betrekking op de aanvang van de bemiddeling: partijen konden onder het oude bemiddelingsrecht niet worden verplicht om de bemiddeling te starten. Daar maakt de wetswijziging komaf mee.

Partijen kunnen echter ook naar toekomstig recht in geen geval worden gedwongen om via bemiddeling tot een akkoord te komen, aangezien dat hun recht op toegang tot de rechter ernstig zou schenden.¹² De tweede pijler, met name het verbod op schikkingsdwang, blijft bijgevolg overeind. De derde pijler vult de eerste pijlers aan en houdt in dat partijen volledige zeggenschap behouden over het verloop en de organisatie van de bemiddeling. Dat is meteen een van de intrinsieke voordelen van bemiddeling. Bemiddeling is daardoor immers een flexibel procedé dat qua methodiek en werkwijze kan worden aangepast aan de noden van

10 Over het onderscheid tussen de twee varianten, zie C. Esplugues, General Report: New Developments in Civil and Commercial Mediation, in: C. Esplugues & L. Marquis (red.), *New Developments in Civil and Commercial Mediation – Global Comparative Perspectives*, Cham: Springer Publishing 2015, p. 14-15.

11 Esplugues 2015, p. 14.

12 MvT bij wetsontwerp houdende diverse bepalingen inzake burgerlijk recht en houdende wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op de bevordering van alternatieve vormen van geschillenoplossing, Parl.St. Kamer 2017-18, nr. 54-2919/1, p. 255-256.

Tom Wijnant

de partijen, rekening houdend met de concrete omstandigheden van het conflict. Deze zelfbeschikking van de partijen blijft als logische aanvulling op de tweede pijler grotendeels onaangeroerd. Partijen behouden in elk geval, zelfs na verplichte doorverwijzing, de volledige vrijheid om de bemiddelingspoging te beëindigen wanneer zij geen vertrouwen hebben in een goede afloop. Zij blijven baas over het traject voor conflictoplossing, waardoor zij eventueel een andere bemiddelaar kunnen aanstellen wanneer die laatste niet aan de verwachtingen voldoet, of ervoor kunnen kiezen een andere weg in te slaan (bijv. naar de overheidsrechter). De derde pijler blijft evenwel niet volledig buiten schot. De wet voert namelijk een definitie in voor bemiddeling in het Gerechtelijk Wetboek, waardoor bepaalde deugdelijke verschijningsvormen uit de boot dreigen te vallen. Daarbij valt vooral de bevoorrechte positie op van de klassieke, facilitatieve bemiddeling, ten koste van andere waardevolle varianten.¹³ De keuze voor een wettelijke definitie is in elk geval bijzonder jammer, nu daar in de praktijk geen vraag naar was en ze de beweegruimte van de partijen in de vrije organisatie van de bemiddeling ondermijnt, hetgeen een van de sterke punten van bemiddeling ernstig verzwakt.¹⁴ Of de invoering van een wettelijke definitie daadwerkelijk impact heeft op de stijl die de bemiddelaar hanteert, valt af wachten. De hoop is in elk geval dat deze overbodige juridisering de bestaande diversiteit in bemiddelingsstijlen niet verpaupert.

Doordat de twee laatste pijlers ten minste partieel overeind blijven, kan men zich afvragen wat dan minimaal verwacht mag worden van de partijen die tot een bemiddelingspoging worden verplicht. Volstaat het als de partijen slechts één sessie doorlopen? Moeten zij de bemiddeling ook daadwerkelijk laten aanvangen, of mogen zij weigeren het bemiddelingsprotocol te ondertekenen na de inleidende uiteenzetting van de bemiddelaar? Wordt van hen goede trouw verwacht, en zo ja, hoe kan de rechter-doorverwijzer dat controleren? De bemiddelaar, die gebonden is door zijn beroepsgeheim, mag in de huidige stand van zaken immers niet rapporteren over het verloop van de bemiddeling. Wat als een partij de verplichte doorverwijzing naar bemiddeling doelbewust saboteert en weigert om de provisie

13 De goedgekeurde definitie (nieuw art. 1723/1 Ger.W.) luidt als volgt: 'De bemiddeling is een vertrouwelijk en gestructureerd proces van vrijwillig overleg tussen conflicterende partijen met de medewerking van een onafhankelijke, neutrale en onpartijdige derde die de communicatie vergemakkelijkt en poogt de partijen ertoe te brengen zelf een oplossing uit te werken.' Daarmee lijkt de evaluatieve bemiddeling, waarbij de bemiddelaar een actievare en daardoor minder neutrale positie opneemt in de bemiddeling, buiten het toepassingsgebied te vallen. M.i. hoeft de rol van bemiddelaar echter niet *per se* beperkt te worden tot een faciliterende rol. Wanneer de partijen behoefte hebben aan een actievare bemiddelaar en zij hier bewust en geïnformeerd voor kiezen, zou niets hen in de weg mogen staan om de bemiddelaar te mandateren opdat hij zelf een evaluatie maakt van het conflict en eventueel concrete voorstellen ter oplossing van het geschil op tafel legt. Het is natuurlijk aangewezen dat, wanneer de partijen niet expliciet akkoord zijn gegaan met een evaluatieve werkwijze, de bemiddelaar zijn neutraliteit bewaart en louter facilitatief tewerk gaat. Indien hij dat niet doet, brengt hij immers mogelijk de (gepercipieerde) onpartijdigheid van de bemiddelaar in het gedrang, wat nefast kan zijn voor de goede afloop van de bemiddeling.

14 In dezelfde zin: P. Taelman, 'Bemiddeling. Een nieuw wettelijk kader', in: Rechtskroniek voor het Notariaat, nr. 8, Brugge: Die Keure 2006, p. 113, noot 4.

Verplichte doorverwijzing naar bemiddeling: we can lead a horse to water, but can we make it drink?

van het ereloon voor aanvang van de eerste sessie te betalen? De wet biedt geen eenduidig antwoord.¹⁵

Dat is onmiskenbaar een tekortkoming. De doeltreffendheid van de verplichting is twijfelachtig wanneer de invulling ervan louter afhankelijk is van de *goodwill* van de partijen en hun ondersteuners, zeker nu geen enkele wettelijke sanctie kan worden opgelegd aan partijen die de doorverwijzing te kwader trouw naast zich neerleggen. De wetgever kan beter duidelijkheid scheppen over de draagwijdte van de verplichting, rekening houdende met de krijtlijnen van het *Menini*-arrest van het Hof van Justitie. In dit arrest wordt verduidelijkt dat in consumentengeschillen geen sancties kunnen worden opgelegd aan de consument wanneer die geen geldige reden kan aantonen om zich uit een verplichte bemiddelingspoging *terug te trekken*, omdat daardoor het recht op toegang tot de rechter te sterk wordt ingeperkt. De terugtrekking uit de bemiddeling mag de consument immers nooit tot nadeel strekken.¹⁶ Dit absolute recht van terugtrekking geldt evenwel enkel ten aanzien van de consument, terwijl aan de ondernemer strengere regels kunnen worden opgelegd.¹⁷ Het Hof benadrukt tegelijk dat de consument wel mag worden verplicht om een geldige reden op te geven wanneer de consument weigert om de verplichte bemiddelingspoging *aan te vangen*. Enkel wanneer de bemiddeling daadwerkelijk werd gestart, moet de consument zijn deelname zonder enige beperking (en dus zonder risico op sancties) kunnen beëindigen *na* de eerste ontmoeting bij de bemiddelaar.¹⁸ De wetgever moet alleszins, in het licht van deze rechtspraak, omzichtig te werk gaan wanneer hij sancties wil koppelen aan de gebrekkige medewerking van conflictpartijen.

De vraag is nu of de aantasting van de (vaak essentieel geachte) absolute vrijwilgheid van de bemiddeling de eigenheid van het traject al te sterk destabiliseert. Ook rijst de vraag of de regeling verenigbaar is met het recht op toegang tot de rechter.

De drempelverhoging naar de rechter

De verplichte bemiddelingspoging staat op gespannen voet met het recht op toegang tot de rechter. Deze nieuwe horde naar een rechterlijk oordeel is evenwel niet noodzakelijk problematisch in het licht van het Europees recht en de internationaal gewaarborgde grondrechten. Zo verduidelijkt artikel 5 lid 2 Europese

15 In de MvT staat dat partijen 'vrij zijn om het bemiddelingsproces stop te zetten wanneer zij dat willen'. De toelichting bevestigt enkel dat de partijen te allen tijde een einde kunnen maken aan de bemiddeling nadat de bemiddeling werd gestart. Dat biedt evenwel geen duidelijkheid over wat concreet van de partijen wordt verwacht bij de voorbereiding en de aanvangsfase van de bemiddeling. (MvT bij wetsontwerp houdende diverse bepalingen inzake burgerlijk recht en houdende wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op de bevordering van alternatieve vormen van geschillenoplossing, Parl.St. Kamer 2017-18, nr. 54-2919/1, p. 255-256).

16 HvJ EU 14 juni 2017, zaak C-75/16, ECLI:EU:C:2017:457 (Menini en Rampanelli tegen Banco Popolare Società Cooperativa), r.o. 66 en 69.

17 Menini en Rampanelli tegen Banco Popolare Società Cooperativa, r.o. 68.

18 Menini en Rampanelli tegen Banco Popolare Società Cooperativa, r.o. 70.

Bemiddelingsrichtlijn¹⁹ dat het Europees Parlement zich niet verzet tegen nationale wetgeving die het gebruik van bemiddeling voor of na het begin van de gerechtelijke procedure verplicht stelt, mits de partijen nog steeds hun recht op toegang tot de rechter kunnen uitoefenen.²⁰ Het Hof van Justitie van de Europese Unie volgt die zienswijze en oordeelt dat een nationale regeling die vereist dat eerst een buitengerechtelijk traject voor geschillenoplossing wordt gevolgd alvorens de rechter uitspraak kan doen, niet per definitie strijdig is met het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming zoals gewaarborgd in artikel 6 EVRM en artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.²¹

Ook het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) lijkt *prima facie* geen principieel bezwaar te hebben tegen de verplichte bemiddelingspoging. In een recent arrest oordeelde het EHRM dat een verplichte bemiddelingspoging in echtscheidingszaken het belang van de betrokken minderjarige kinderen dient doordat de scheidende ouders mogelijk worden verzoend. Bovendien wordt een potentieel akkoord over de gevolgen van de echtscheiding gefaciliteerd.²² Het EHRM besloot dan ook dat, als een lidstaat een verplichte bemiddelingspoging bij wet vooropstelt, de nationale rechtbank die verplichting met een zekere flexibiliteit moet toepassen en die niet opzij mag schuiven op basis van formaliteiten.²³ Hoewel het EHRM zich niet uitdrukkelijk heeft uitgesproken over de verenigbaarheid met artikel 6 EVRM, lijkt het Hof allerm minst weigerachtig te staan tegenover de mogelijkheid om bemiddeling in bepaalde gevallen op te leggen. Het Bureau van de Europese Unie voor de grondrechten²⁴ noemt de verplichte bemiddelingspoging, opgelegd aan ouders die in een echtscheiding verwickeld zijn en een geschil hebben over het ouderlijk gezag, zelfs een 'veelbelovende praktijk'.²⁵

19 Richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken, PbEU 2008, L 136/3-8.

20 Vgl. Richtlijn 2008/52/EG, overweging 13: 'De bemiddeling/mediation in de zin van deze richtlijn is een vrijwillige procedure, in die zin dat de partijen er zelf voor verantwoordelijk zijn, deze naar eigen goeddunken kunnen organiseren en te allen tijde kunnen beëindigen'. Ook deze omschrijving van de vrijwilligheid heeft geen betrekking op de aanvang van het traject.

21 HvJ EU 18 maart 2010, zaak C-317/08, ECLI:EU:C:2010:146 (Alassini tegen Telecom Italia SpA), r.o. 68. In casu ging het om een *voorafgaande* verplichte bemiddelingspoging. Deze rechtspraak werd bevestigd in HvJ EU14 juni 2017, zaak C-75/16, ECLI:EU:C:2017:457 (Menini en Rampanelli tegen Banco Popolare Società Cooperativa), r.o. 50-63.

22 EHRM 8 oktober 2015, nr. 56163/12 (Vujica tegen Kroatië), par. 91.

23 De Kroatische wetgeving schrijft voor dat de rechtbank de partijen naar bemiddeling moet doorverwijzen op de *eerste zitting*. In casu was die eerste zitting verdaagd naar een andere datum op verzoek van de partijen. Die volgende zitting werd door de nationale rechtbank beschouwd als de tweede zitting, waardoor de Kroatische overheid argumenteerde dat de zaak niet meer onder de wettelijke voorwaarden viel en de rechtbank dus niet meer moest doorverwijzen naar een bemiddelaar. Het EHRM vond dit argument 'lichtzinnig en formalistisch'. Zie EHRM 8 oktober 2015, nr. 56163/12 (Vujica tegen Kroatië), par. 52, par. 90-91.

24 Het Bureau voor de grondrechten is een EU-agentschap dat Europese en nationale beleidsmakers hulp en advies geeft over de grondrechten. Zie https://europa.eu/european-union/about-eu/agencies/fra_nl (consultatie 5 juni 2018).

25 X, *Handboek betreffende Europese wetgeving inzake de toegang tot het recht*, s.l., Bureau van de Europese Unie voor de Grondrechten / Raad van Europa, 2016, [http://echr.coe.int/Documents/Handbook_access_justice_NLD.pdf\(consultatie 6 juni 2018\)](http://echr.coe.int/Documents/Handbook_access_justice_NLD.pdf(consultatie 6 juni 2018)), p. 56.

Verplichte doorverwijzing naar bemiddeling: we can lead a horse to water, but can we make it drink?

Zowel Europese regelgeving als rechtspraak beperkt het principe van de vrijwilligheid bijgevolg tot de tweede en derde pijler. Zelfs wanneer nationale regelgeving de vrijwilligheid van de aanvang van de bemiddeling inperkt, wordt de eigenheid van het traject vanuit die optiek gevrijwaard. In dezelfde lijn meent de Belgische regering dat de essentie van de vrijwilligheid overeind blijft, nu de rechter de partijen niet kan dwingen om tot een akkoord te komen.²⁶

Hoewel het Hof van Justitie principieel geen graten ziet in de verplichte bemiddelingspoging, legt het Hof in het *Alassini*-arrest randvoorwaarden op om de effectieve toegang tot de rechter te garanderen. Zo mogen partijen niet worden verplicht om via bemiddeling tot een akkoord te komen, mag de verplichting geen wezenlijke vertraging meebrengen voor het beroep op de rechter en moet de verjaring van de betrokken rechten worden geschorst. Verder moeten nog steeds voorlopige maatregelen kunnen worden gevorderd en mag de verplichte bemiddeling niet enkel via elektronische weg beschikbaar zijn.²⁷ Deze voorwaarden leveren op het eerste gezicht geen probleem op in het licht van de Wet Bevordering ADR.²⁸

Het schoentje wringt mogelijk wel bij een volgende en laatste voorwaarde, die vereist dat de verplichte bemiddelingspoging geen of zeer geringe kosten meebrengt voor de partijen. De geschatte gemiddelde kostprijs van een bemiddeling in België is echter bezwaarlijk 'zeer geringe kosten' te noemen. Zo moet men voor een bemiddeling in familiezaken gemiddeld al gauw tussen de € 600 en 1200 aan ereloon neertellen, eventueel vermeerderd met bijkomende kosten zoals verplaatsings-, dossier- en andere administratieve kosten.²⁹ Dit ereloon is evenwel vrijgesteld van btw op grond van de vrijstelling voor 'diensten van gezinsvoorlichting' (art. 44, § 2, 5° Belgisch Wetboek Btw), hetgeen de totale kosten enigszins beperkt. In sociale zaken of burgerlijke en handelsgeschillen ligt de kostprijs van een bemiddeling hoger, nu in die gevallen enerzijds wel btw verschuldigd is op het ereloon van de bemiddelaar en anderzijds omdat het gemiddeld ereloon (excl. btw) hoger ligt bij bemiddelaars die in die materies bemiddelen.³⁰

Men zou hierbij kunnen argumenteren dat partijen niet verplicht zijn om een volledig bemiddelingstraject te doorlopen en daardoor enkel worden verplicht om

26 MvT bij wetsontwerp houdende diverse bepalingen inzake burgerlijk recht en houdende wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op de bevordering van alternatieve vormen van geschillenoplossing, Parl.St. Kamer 2017-18, nr. 54-2919/1, p. 255.

27 HvJ EU 18 maart 2010, zaak C-317/08, ECLI:EU:C:2010:146 (*Alassini* tegen *Telecom Italia SpA*), r.o. 68. Zie hierover R. Jagtenberg, Het *Alassini*-arrest en verplichte bemiddeling, TMD 2010, afl. 2, p. 35-43.

28 Zie supra noot 3.

29 T. Wijnant, Van familierechtelijke overeenkomst tot uitvoerbare titel: afweging van diverse wegen en kosten, in: P. Senaeve & G. Verschelden (red.), *Wetgeving en rechtspraak familie(proces)recht 2017*, Antwerpen: Intersentia 2017, p. 253-255, nrs. 388-391. Deze kosten worden weliswaar in de regel gelijk verdeeld tussen het aantal partijen.

30 Dit blijkt uit de Bemiddelingsbarometer 2016, die tot stand kwam met medewerking van de auteur. Zie bMediation, *Bemiddelingsbarometer 2016*, www.bmediation.eu/images/stories/publications/bemiddelingsbarometer%202016%20nl%20final.pdf (consultatie 6 juni 2018), p. 12.

ten minste de opstartkost en kosten van de eerste sessie op zich te nemen.³¹ De kosten die erna worden gemaakt, zouden bijgevolg vrijwillig zijn en daardoor buiten de sfeer van het *Alassini*-arrest vallen. Als partijen de kosten willen drukken, staat het hun vrij de bemiddeling stop te zetten. Of zelfs die eerste kosten alleen ‘zeer gering’ zijn, is voor discussie vatbaar.³² Bovendien kunnen hierbij twee bedenkingen worden gemaakt. Ten eerste bestaat het risico dat conflictpartijen de vrijheid om de bemiddeling in een vroeg stadium te beëindigen en de kosten daardoor tot een minimum te beperken, niet als dusdanig zullen ervaren. Partijen zouden kunnen vrezen dat een vroegtijdige stopzetting van de bemiddelingspoging de doorverwijzende rechter-beoordelaar ontevreden stemt. Uit empirisch onderzoek blijkt dat vandaag reeds een zekere druk wordt ervaren om te bemiddelen wanneer de rechter daartoe een vrijblijvend voorstel formuleert, onder meer omdat men geen slechte indruk wil maken op de rechter die mogelijk later over de grond van de zaak oordeelt (*infra*). Die gepercipieerde druk zal bij bepaalde partijen vermoedelijk toenemen wanneer de rechter daadwerkelijk met dwang kan doorverwijzen naar bemiddeling, waardoor méér kosten worden gemaakt na de eerste sessie van de bemiddelaar zonder dat dat daadwerkelijk is ingegeven door de vrije wil van de partijen. Ten tweede zou het voorgestelde systeem ook contraproductief kunnen zijn indien men het signaal geeft dat de verantwoordelijkheid voor de financiële last van de verplichte bemiddelingspoging volledig bij de partijen ligt. De uitkomst van de bemiddeling is immers onzeker, waardoor partijen zich geremd kunnen voelen om een aanzienlijke investering te doen in de bemiddeling, zeker wanneer niet meteen vooruitgang wordt geboekt. Bepaalde partijen zullen daardoor geneigd zijn om de bemiddeling prematuur af te breken, hetgeen het potentieel en nut van de verplichte poging ondermijnt. Een lagere financiële drempel naar de verplichte bemiddelingspoging kan de oprechte bemiddelingsbereidheid evenwel faciliteren. Een financiële tussenkomst ondersteunt en stimuleert immers partijen die te goeder trouw een verplichte bemiddelingspoging ondernemen, doordat zij niet geldelijk ‘afgestraft’ worden als zij – na vergeefse maar oprechte inspanningen – de poging moeten staken. De Wet Bevordering ADR voorziet evenwel in geen enkele veralgemeende financiële bijdrage door de Staat. Deze beleidskeuze wordt bekritiseerd in een recent wetsvoorstel, waarvan de opsteller vaststelt dat de regering enerzijds het gebruik van bemiddeling wil promoten, maar anderzijds geen financiële middelen voorziet om de toegang tot bemiddeling te vergemakkelijken.³³ In hetzelfde wetsvoor-

31 In de veronderstelling dat de draagwijdte van de verplichting zich hiertoe beperkt. De precieze draagwijdte van de verplichting is evenwel onduidelijk (*supra*).

32 Naast mogelijke verplaatsings-, dossier- en andere administratieve kosten, kost één sessie bij familiale bemiddeling volgens de Bemiddelingsbarometer al gauw € 100-200 aan ereloon (d.w.z. gemiddeld 2 uur voor één sessie a rato van € 50-100 euro per uur, vrijgesteld van btw). In burgerlijke en handelszaken zou dit oplopen tot € 420-630 incl. btw (d.w.z. gemiddeld 3-4 uur voor één sessie a rato van € 100-150 per uur, vermeerderd met btw). Zie bMediation, Bemiddelingsbarometer 2016, www.bmediation.eu/images/stories/publications/bemiddelingsbarometer%202016%20nl%20final.pdf (consultatie 6 juni 2018), p. 11-12.

33 Wetsvoorstel (C. Brotcorne) tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek, teneinde gezinsbemiddeling ten dele te financieren, Parl.St. Kamer 2016-17, nr. 54-2157/1, p. 5.

Verplichte doorverwijzing naar bemiddeling: we can lead a horse to water, but can we make it drink?

stel werd daarom een regeling ontworpen waarin de Federale Overheidsdienst Justitie minstens gedeeltelijk de bemiddelingskosten zou dragen die niet gedekt worden door de kosteloze rechtsbijstand. De tussenkomst zou weliswaar worden beperkt tot bepaalde vormen van gezinsbemiddeling.³⁴ Het Rekenhof slaagde er na een vraag om advies evenwel niet in om, bij gebrek aan gegevens, een raming te maken van de budgettaire impact die een eventuele goedkeuring van dit voorstel teweeg zou brengen. Het Rekenhof merkte wel op dat financiering van bemiddeling door de Staat niet alleen kosten veroorzaakt maar mogelijk ook kostenbesparend werkt, o.m. omdat minder zaken in de rechtbank moeten worden afgehandeld en de kosten van tenuitvoerlegging zouden dalen.³⁵ Dit wetsvoorstel behandelt de specifieke context van de verplichte bemiddelingspoging niet, maar kan een aanzet zijn voor een algemene regeling die de verplichte doorverwijzing (gedeeltelijk) financiert.

Indien de overheid, buiten het systeem van de kosteloze rechtsbijstand voor partijen met beperkte bestaansmiddelen,³⁶ geen financiële tegemoetkoming voorziet voor de verplichte bemiddelingspoging, dan miskent de Belgische Staat mijns inziens mogelijk het grondrecht dat de toegang tot de rechter vrijwaart. Hoewel een geslaagde bemiddeling kan leiden tot een kostenbesparing indien de partijen hun geschil zonder rechterlijke tussenkomst hebben opgelost,³⁷ mag men niet uit het oog verliezen dat de toegang tot justitie opnieuw aanzienlijk *duurder* wordt indien de bemiddeling op niets uitdraait.³⁸ Die onzekerheid van het *potentieel* voordeel van de kostenbesparing (en bijgevolg het risico op hogere kosten) kan belemmerend zijn voor zaken waarbij een rechterlijke tussenkomst opportuun of nodig is.³⁹ We moeten in elk geval uiterst waakzaam zijn dat, na maatregelen

34 Er zou enkel een financiële tussenkomst voorzien worden voor bemiddelingspogingen tussen scheidende of reeds gescheiden ouderparen met één of meer kinderen, en enkel bij geschillen inzake het ouderlijk gezag, de huisvesting van de kinderen, onderhoudsverplichtingen en afzonderlijke verblijfplaatsen. De tussenkomst ten laste van de Staat zou beperkt worden tot de kostprijs van vijf sessies bij een erkende bemiddelaar indien de betrokken ouders voorheen nog geen overeenkomst hadden ondertekend of er betreffende hun geschil nog geen vonnis werd uitgesproken, zie Wetsvoorstel (C. Brotcorne) tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek, teneinde gezinsbemiddeling ten dele te financieren, Parl. St. Kamer 2016-17, nr. 54-2157/1, p. 7.

35 Adv. Rekenhof bij wetsvoorstel tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek, teneinde gezinsbemiddeling ten dele te financieren, Parl. St. Kamer 2016-17, nr. 54-2157/2, p. 7.

36 Zie art. 665, 5°, 671, 692 en 696 Ger.W.

37 G. de Palo, A. Feasley & F. Orecchini, Quantifying the cost of not using mediation – a data analysis (nota Europees Parlement), Brussel, Europese Unie, Directoraat-Generaal Intern Beleid – Afdeling Beleid C, www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201105/20110518ATT19592/20110518ATT19592EN.pdf (consultatie 6 juni 2015), 20 p.

38 Adv. RvS nr. 61.997/4 bij het wetsontwerp houdende diverse bepalingen inzake burgerlijk recht en houdende wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op de bevordering van alternatieve vormen van geschillenoplossing, Parl. St. Kamer 2017-18, nr. 54-2919/1, p. 553.

39 W. Hensen, Gerechtelijke bemiddeling. Knelpunten en mogelijkheden, Brugge: Die Keure 2018, p. 183, nr. 402.

zoals de invoering van de btw-plicht voor advocaten en de (eerste poging tot⁴⁰) verhoging van de rolrechten, de financiële drempel naar de rechter niet zodanig hoog wordt dat een beroep op de overheidsrechter voor de doorsneeburger *de facto* onmogelijk wordt gemaakt.⁴¹ Structurele problemen in de organisatie van Justitie en de gerechtelijke achterstand kunnen in elk geval niet rechtvaardigen dat rechtzoekenden onder nog grotere financiële druk worden gezet om bij de rechter weg te blijven. Dat leidt tot klassenjustitie en 'juridische uitsluiting op uiterst grote schaal'.⁴² De Belgische overheid zal dus maatregelen moeten treffen die de financiële impact van de verplichte bemiddelingspoging op de burger beperkt houden. De voorziene ingreep die het afsluiten van een rechtsbijstandsverzekering fiscaal aantrekkelijker moet maken, is een stap in de goede richting.⁴³ Deze verzekeringen dekken immers in toenemende mate ook ADR-trajecten,⁴⁴ waardoor een lagere drempel naar die verzekeringen ook de toegang tot bemiddeling, en indien nodig overheidsrechtspraak, faciliteert. Dit volstaat evenwel niet, omdat het effect ervan afhankelijk blijft van de vrijwillige inschrijving op de ver-

40 De wet die de rolrechten in 2015 aanzienlijk had verhoogd, werd deels vernietigd door het Grondwettelijk Hof. Teneinde administratieve en budgettaire moeilijkheden te vermijden, werden de gevolgen van de vernietigde bepalingen gehandhaafd tot 31 augustus 2017 ten aanzien van vorderingen die tot die datum bij een rechtscollège werden ingesteld. Zie GwH 9 februari 2017, nr. 13/2017; E. Brewaeys, 'Grondwettelijk Hof vernietigt nieuwe regeling rolrechten', *Juristenkrant* 2017, afl. 344. De regering diende vervolgens in juni 2017 een nieuw wetsontwerp in, opnieuw met als doelstelling om de rolrechten te verhogen. Dat wetsontwerp moest tegemoetkomen aan de kritiek van het Grondwettelijk Hof. De Kamer slaagde er evenwel niet in om het nieuwe wetsontwerp goed te keuren, waarna de behandeling van het wetsontwerp in september 2017 werd verdaagd. Daardoor is tot op heden nog steeds de oude regeling van kracht. Zie wetsontwerp tot wijziging van het Wetboek der registratie-, hypotheek- en griffierechten teneinde de griffierechten te hervormen, Parl.St. Kamer 2016-17, nr. 54-2569/1.

41 Sommige maatregelen, zoals de verhoging van de rolrechten, worden nochtans uitdrukkelijk gerechtvaardigd als een drempelverhogende strategie opdat partijen ontmoedigd zouden worden om 'lichtzinnige procedures' op te starten. Zie MvT bij wetsontwerp tot hervorming van de griffierechten, Parl.St. Kamer 2014-15, nr. 54-906/1, p. 7.

42 R. Susskind, *The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services*, New York: Oxford University Press 2010, p. 230. Zie ook P. van Orshoven, Slotbeschouwing. 'Niemand kan tegen zijn wil worden afgetrokken van de rechter die de wet hem toekent' (art. 13 G.W.), in: B. Allemeersch, B. Gayse, P. Schollen, P. Taelman & P. van Orshoven, *De nieuwe wet op de bemiddeling*, Brugge: Die Keure 2005, p. 59-64.

43 Zie persbericht minister van Justitie K. Geens, Een breed pakket aan maatregelen die Justitie versterken en de veiligheid bevorderen, www.koengeens.be/news/2017/05/14/een-breed-pakket-aan-maatregelen-die-justitie-versterken-en-de-veiligheid-bevorderen (consultatie 7 juni 2018).

44 Bij wijze van voorbeeld: art. 6.1 Algemene voorwaarden rechtsbijstandsverzekering AXA/LAR (gedekte kosten):

- 'De kosten voor de verdediging van de rechtsbelangen van de verzekerde, namelijk:
- de honoraria en kosten van advocaat, gerechtsdeurwaarder, bemiddelaar en deskundige, inclusief de BTW die de verzekerde niet kan terugvorderen omdat hij BTW-plichtig is; [...]
 - de kosten die ten laste van de verzekerde zijn voor de homologatie van het bemiddelingsakkoord.'

Art. 6 vangt bovendien met een verhoging van de maximale tussenkomst met 10% wanneer wordt gekozen voor een bemiddeling met gebruik van een erkende bemiddelaar, ongeacht of de bemiddelingspoging tot een goed einde komt. Zie www.lar.be/~media/Files/extranet%20documenten/Library/LAR%20-%20FAMILY_AV_18112014.ashx (consultatie 7 juni 2018).

Verplichte doorverwijzing naar bemiddeling: we can lead a horse to water, but can we make it drink?

zekering en kwetsbare bevolkingsgroepen nog steeds dreigen te struikelen over de verhoogde drempel naar Justitie.

Naar een evenwichtige balans tussen bemiddeling en rechtspraak

Hierboven bleek dat noch het Europees recht noch de Europese rechtspraak zich verzet tegen de invoering van de verplichte bemiddelingspoging, mits de overheid daarbij een aantal randvoorwaarden in acht neemt en vooral de negatieve financiële impact op de burger onder controle houdt. De Europese richtlijn laat de beslissing om al dan niet een verplichting in te voeren weliswaar over aan de lidstaten, toch neemt op Europees niveau de druk toe.

Op grond van de *'Balanced Relationship Target Number Theory'* beantwoordt de Belgische realiteit immers niet aan de geest van de Bemiddelingsrichtlijn.⁴⁵ Hoewel de Belgische overheid na de goedkeuring van de Europese richtlijn in 2008 oordeelde dat de in 2005 in werking getreden bemiddelingswet aan de minimumvereisten tegemoet kwam,⁴⁶ volstaat het vermoedelijk niet als een lidstaat (enkel) formeel voldoet aan de vereisten. De lidstaat moet daarnaast ook een duidelijk doel vooropstellen om een evenwichtige verhouding tussen bemiddeling en gerechtelijke procedures te bereiken en die doelstelling vervolgens ook halen.⁴⁷ Slaagt hij daar niet in, dan handelt hij mogelijk in strijd met de richtlijn, waardoor een inbreukprocedure⁴⁸ door de Europese Commissie kan worden opgestart wegens schending van het Europees recht.⁴⁹ De Europese Commissie lijkt de lat inderdaad hoger te leggen en verwacht meer inspanningen van de lidstaten om het gebruik van bemiddeling te promoten. Hoewel de Commissie erkent dat reeds een belangrijke stap werd gezet in de richting van een evenwichtige relatie tussen bemiddeling en gerechtelijke procedures, oordeelt zij dat deze maatregelen nog niet bevredigend zijn en de lidstaten bijgevolg verdere stappen moeten onderne-

45 Zie supra noot 19.

46 Zie H. Verbist, Analyse van de Belgische bemiddelingswet in het licht van de Europese richtlijn inzake bemiddeling, TMD 2010, afl. 1, p. 33-49; W. Meuwissen, Bemiddeling, in: D. De Buyst, P. Kortleven, T. Lysens & C. Ronse (red.), Bestendig Handboek Deskundigenonderzoek, Diegem: Kluwer, losbl., afl. 19, VIIIbis 3-1, p. 101.

47 Dit wordt afgeleid uit de laatste zinsnede van art. 1 Richtlijn 2008/52/EG (supra noot 19): 'Deze richtlijn heeft ten doel de toegang tot alternatieve geschillenbeslechting te vergemakkelijken en de minnelijke schikking van geschillen te bevorderen, door het gebruik van bemiddeling/mediation aan te moedigen en te zorgen voor een evenwichtige samenhang tussen bemiddeling/mediation en behandeling in rechte.'

48 Zie hieromtrent https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/applying-eu-law/infringement-procedure_nl (consultatie 18 mei 2018).

49 X, The implementation of the Mediation Directive (rapport Europees Parlement), Brussel, Europese Unie, Directoraat-Generaal Intern Beleid – Afdeling Beleid C, 2016, [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/571395/IPOL_IDA\(2016\)571395_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/571395/IPOL_IDA(2016)571395_EN.pdf) (consultatie 27 april 2018), p. 7-8 en 28-29.

men.⁵⁰ Dat schept natuurlijk hoge verwachtingen voor nieuwe initiatieven die een Europese bemiddelingscultuur tot stand moeten brengen.

Naar aanleiding van een studiedag in het Europees Parlement werd de EU vervolgens opgeroepen haar lidstaten aan te moedigen om meer gebruik te maken van de mogelijkheden die artikel 5 lid 2 Bemiddelingsrichtlijn biedt. In het rapport wordt de verplichte bemiddelingspoging daarmee uitdrukkelijk naar voren geschoven als een valabele denkpiste die de lidstaten in staat moet stellen om zich als nog te schikken naar de geest van de richtlijn.⁵¹ Dit standpunt wordt onder meer gerechtvaardigd door de vaststelling dat 76% van het justitiebudget in de EU zou worden gefinancierd door de niet-litigerende meerderheid van de burgers. Op basis daarvan zou die meerderheid mogen eisen dat de procesvoerende minderheid verstandig omgaat met de schaarse middelen⁵² (lees: meer bemiddelt en minder procedeert). De verplichte gerechtelijke bemiddelingspoging zou daardoor niet alleen mogelijk maar ook verantwoord zijn in het licht van onze Europees-rechtelijke verplichtingen, nu ze het gebruik van justitie mogelijk rationaliseert en de verhouding tussen bemiddeling en rechtspraak in balans zou kunnen brengen. Hoewel het bovenstaande budgettaire argument aanlokkelijk klinkt, mag de keuze voor overheidsrechtspraak niet worden gestigmatiseerd. Rechtspraak is nu eenmaal in bepaalde gevallen, eerder dan de tussenkomst van een bemiddelaar, het geëigende traject naar een bevredigende oplossing van het geschil. Vanuit die optiek mag een ‘verstandige’ keuze niet worden vereenzelvigd met een keuze voor bemiddeling, maar wel met de keuze voor het traject dat de belangen van de conflictpartijen *in casu* dient en daarom gepast is in de gegeven omstandigheden (d.i.

50 Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad en het Europees Economisch en Sociaal Comité over de toepassing van Richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken, COM(2016)542, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0542&from=EN> (consultatie 27 april 2018), p. 7, 11.

51 X, The implementation of the Mediation Directive (rapport Europees Parlement), Brussel, Europese Unie, Directoraat-Generaal Intern Beleid – Afdeling Beleid C, 2016, [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/571395/IPOL_IDA\(2016\)571395_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/571395/IPOL_IDA(2016)571395_EN.pdf) (consultatie 27 april 2018), p. 28-29. Zie ook het verslag van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad en het Europees Economisch en Sociaal Comité over de toepassing van Richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken, COM(2016)542, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0542&from=EN> (consultatie 27 april 2018), p. 9-10.

52 X, The implementation of the Mediation Directive (rapport Europees Parlement), Brussel, Europese Unie, Directoraat-Generaal Intern Beleid – Afdeling Beleid C, 2016, [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/571395/IPOL_IDA\(2016\)571395_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/571395/IPOL_IDA(2016)571395_EN.pdf) (consultatie 27 april 2018), p. 27.

Verplichte doorverwijzing naar bemiddeling: we can lead a horse to water, but can we make it drink?

*'appropriate dispute resolution'*⁵³). Overheid en wetgever moeten m.i. daarom enkel het *gepast* gebruik van bemiddeling stimuleren, zonder bemiddeling blind te verheerlijken als de heilige graal voor de wegwerking van de gerechtelijke achterstand. Wanneer zij het hedendaagse suboptimaal gebruik van bemiddeling kunnen corrigeren naar een adequaat gebruik, waarbij de potentiële voordelen optimaal worden benut, kan een evenwichtige balans tussen rechtspraak en bemiddeling worden bereikt. Bij die afweging moeten trouwens niet noodzakelijk alleen overheidsrechtspraak en bemiddeling tegenover elkaar worden afgewogen.⁵⁴ Ook de optimalisering van het gebruik van andere trajecten verdient immers aandacht. Dat de nieuwe wet ook de collaboratieve onderhandelingen⁵⁵ wil versterken in het Belgisch landschap is daarom een goede zaak, al valt op dat vooral bemiddeling, boven de andere trajecten, met de aandacht van de beleidsmakers gaat lopen.⁵⁶ Een globale aanpak die een voorkeursbehandeling voor bemiddeling overstijgt, lijkt op termijn nochtans wenselijk.

De paradox van de verplichte bemiddeling

Doordat overheid en wetgever zouden moeten inzetten op de stimulering van *'appropriate dispute resolution'* is het interessant om na te gaan of de verplichte bemiddelingspoging het doel van een verstandige en gepaste keuze voor bemiddeling verwezenlijkt. In het licht van die vraag ben ik alvast tegenstander van een verplichte *voorafgaande bemiddelingspoging*, waarbij de partijen moeten bemiddelen vooraleer zij toegang krijgen tot de overheidsrechter. In dat geval gebeurt de doorverwijzing naar bemiddeling immers op basis van objectieve geschillenmer-

53 Het acroniem 'ADR' krijgt daardoor een ruimere invulling en omvat het hele spectrum aan conflictoplossingsmethoden, inclusief overheidsrechtspraak. Zie ook C. Menkel-Meadow, *Alternative and Appropriate Dispute Resolution in Context – Formal, Informal, and Semiformal Legal Processes*, in P.T. Coleman, M. Deutsch en E.C. Marcus, *The Handbook of Conflict Resolution: Theory and Practice*, San Francisco: Jossey-Bass 2014, hoofdstuk 50 (uitsluitend online uitgegeven), p. 2-3: 'In recent years, I have labeled the progress of dispute resolution variations as "process pluralism", while others have used the label "appropriate" (not alternative) dispute resolution, connoting recognition that not all matters should be subjected to the same treatment: one size of legal process does not fit all. Different kinds and numbers of parties, issues, structures of disputes, and legal matters might dictate different formats of dispute processing.'

54 Het Europees rapport beperkt zich wel daartoe bij de zogenoemde *'balanced relationship index'*. Zie X, *The implementation of the Mediation Directive* (rapport Europees Parlement), Brussel, Europese Unie, Directoraat-Generaal Intern Beleid – Afdeling Beleid C, 2016, [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/571395/IPOL_IDA\(2016\)571395_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/571395/IPOL_IDA(2016)571395_EN.pdf) (consultatie 27 april 2018), p. 18-19.

55 Nieuw Deel VIII Ger.W. Deze bepalingen treden in werking op 1 januari 2019. Zie art. 240 Wet Bevordering ADR, supra noot 3.

56 Minister van Justitie Geens lijkt in zijn beleidsplan evenwel een ruimere visie van *appropriate dispute resolution* genegen: 'De toegang tot justitie kan per definitie niet onbeperkt zijn, maar is steeds gekoppeld aan de vraag of de tussenkomst van justitie wel de meest geschikte weg is of misschien zelfs kan worden vermeden omdat betere alternatieven voorhanden zijn.' Zie K. Geens, *Het Justitieplan – Een efficiëntere justitie voor meer rechtvaardigheid*, https://cdn.nimbu.io/s/1jn2gqe/assets/Plan_justitie_18maart_NL.pdf (consultatie 6 juni 2018), p. 25, nr. 47.

ken, zoals de (juridische) materie waarbinnen het geschil zich afspeelt,⁵⁷ zonder rekening te houden met de eigenheid van de partijen en het conflict. Zo'n wettelijke 'bemiddelingsreflex' zorgt er bijgevolg evenzeer voor dat, net als bij een procesreflex, heel wat zaken niet via het meest geschikte traject zullen worden afgehandeld. Aan dit bezwaar wordt tot op zekere hoogte tegemoetgekomen bij de verplichte gerechtelijke bemiddeling, aangezien de rechter de specifieke kenmerken van het conflict kan verdisconteren in zijn beoordeling om de partijen al dan niet door te verwijzen. De rechter krijgt daarvoor in principe een uiterst ruime appreciatiebevoegdheid. Zo volstaat het als de rechter een verzoening tussen de partijen mogelijk acht. Het is evenwel een goede zaak dat de rechter de partijen eerst moet horen alvorens deze maatregel te treffen,⁵⁸ teneinde een correcte inschatting mogelijk te maken. Het is bovendien raadzaam dat de rechter wacht tot na de neerlegging van de eerste conclusies van de verweerder om een geïnformeerde beslissing mogelijk te maken, ook al behoort een vroegere doorverwijzing tot de mogelijkheden.

Hoewel de verplichte gerechtelijke bemiddeling in vergelijking met een voorafgaande verplichting meer garanties biedt voor een optimaal gebruik van bemiddeling, loert ook hier het gevaar om de hoek. Zo is het niet denkbeeldig dat sommige magistraten, gebukt onder immense werklast, zaken zullen doorverwijzen, niet omdat zij zich lenen tot bemiddeling maar wel vanuit de hoop dat minstens een deel van de zaken niet door de rechter hoeft te worden behandeld. De voorgestelde wettekst voorzag aanvankelijk geen enkele waarborg tegen oneigenlijk gebruik van de verplichte doorverwijzing naar bemiddeling. Zo is de beslissing om een verplichte bemiddelingspoging op te leggen niet vatbaar voor enig rechtsmiddel.⁵⁹ De regering wilde immers niet dat de opstart van de verplichte gerechtelijke bemiddeling vertraagd kan worden.⁶⁰ Dat standpunt is begrijpelijk wanneer wordt gevreesd dat een onwillige procespartij vertragingsmanoeuvres zou uitvoeren, maar belet tegelijk dat toezicht wordt uitgeoefend op de toepassing van de wet. Dat is nochtans belangrijk om de burger te beschermen tegen rechtswegering.⁶¹ Bovendien kan controle door de appèlrechter vermijden dat rechtzoekenden nodeloos geld en tijd investeren in gevallen waarin bemiddeling niet geschikt

57 Vgl. het Italiaanse model: A. de Luca, *Mediation in Italy: Feature and Trends*, in: C. Esplugues & L. Marquis (red.), *New Developments in Civil and Commercial Mediation – Global Comparative Perspectives*, Cham: Springer Publishing 2015, p. 349.

58 Nieuw art. 1734, § 1, lid 2 Ger.W.

59 Nieuw art. 1735, § 6 Ger.W.

60 MvT bij wetsontwerp houdende diverse bepalingen inzake burgerlijk recht en houdende wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op de bevordering van alternatieve vormen van geschillenoplossing, Parl.St. Kamer 2017-18, nr. 54-2919/1, p. 258.

61 In dezelfde zin: Adv. RvS nr. 61.997/4 bij het wetsontwerp houdende diverse bepalingen inzake burgerlijk recht en houdende wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op de bevordering van alternatieve vormen van geschillenoplossing, Parl.St. Kamer 2017-18, nr. 54-2919/1, p. 550. Het volstaat m.i. niet dat de doorverwijsmogelijkheid wordt beperkt tot de aanvangsfase van de procedure om het risico op rechtswegering te minimaliseren. Vgl. MvT bij wetsontwerp houdende diverse bepalingen inzake burgerlijk recht en houdende wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op de bevordering van alternatieve vormen van geschillenoplossing, Parl.St. Kamer 2017-18, nr. 54-2919/1, p. 256.

is, waardoor de toegang tot de rechter niet onnodig wordt vertraagd. Door een goedgekeurd amendement⁶² hebben de partijen weliswaar een stevige stok achter de deur: wanneer alle partijen zich tegen de maatregel verzetten, kan de rechter geen bemiddelingspoging opleggen. Hoewel dit de positie van de partijen inderdaad verstevigt, dreigt de slinger desalniettemin door te slaan. Ook deze uitzonderingsbepaling kan oneigenlijk worden gebruikt, waardoor partijen maar al te gauw de doorverwijzing buiten spel kunnen zetten zonder dat de bemiddelingspoging, in de gevallen dat ze opportuun is, een eerlijke kans krijgt. Als de partijen en hun ondersteuners bij die beslissing geleid worden door onwetendheid of vooroordelen ('want met de tegenpartij valt toch niet te praten'), dan is dat uiterst problematisch. Beter lijkt mij alsnog rechterlijk toezicht mogelijk te maken. Objectief toezicht in hoger beroep kan, in tegenstelling tot een vetorecht voor de partijen, de geloofwaardigheid van de verplichte doorverwijzing alleen maar ten goede komen.

Magistraat-doorverwijzers moeten in elk geval voorzichtig zijn met hun prognose van de slaagkans van een verplichte bemiddelingspoging. De Italiaanse ervaring leert dat de verwachting dat de uiterst hoge slaagpercentages bij de volstrekt vrijwillige bemiddeling⁶³ zich ook zullen manifesteren na verplichte bemiddeling, eerder utopisch is.⁶⁴ Een hoge succesgraad is nochtans een belangrijke indicator om te oordelen of een gepaste en verstandige trajectkeuze werd gemaakt. Adequate doorverwijzing impliceert natuurlijk wel dat magistraten een duidelijk zicht hebben op de bemiddelbaarheid van een geschil. Ook daar knelt het schoentje.

Het gros van de rechters, die bemiddeling enkel zullen bevelen wanneer ze overtuigd zijn van het nut ervan, wordt geconfronteerd met de uiterst penibele opdracht om de bemiddelbaarheid van een geschil te evalueren. Hoewel in de literatuur (contra-)indicatoren terug te vinden zijn die enig houvast kunnen bieden,⁶⁵ zijn die handvatten doorgaans gebaseerd op buikgevoel en persoonlijke ervaringen van de auteur en niet noodzakelijk op empirisch onderzoek. De daadwerkelijke impact van een factor op de bemiddelbaarheid is daardoor moeilijk te bepalen. Doordat er bijgevolg geen uniform, op wetenschappelijk onderzoek geba-

62 Zie supra noten 7 en 8.

63 Zie G. de Palo, A. Feasley en F. Orecchini, *Quantifying the cost of not using mediation – a data analysis* (nota Europees Parlement), Brussel, Europese Unie, Directoraat-Generaal Intern Beleid – Afdeling Beleid C, www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201105/20110518ATT19592/20110518ATT19592EN.pdf (consultatie 6 juni 2015), p. 13. Zie ook bMediation, *Bemiddelingsbarometer 2016*, www.bmediation.eu/images/stories/publications/bemiddelingsbarometer%202016%20nl%20final.pdf (consultatie 6 juni 2018), p. 10.

64 Hoewel de relatieve slaagkans inderdaad lager ligt bij verplichte bemiddelingspoging, zal het absolute aantal bemiddelde akkoorden natuurlijk hoger liggen dan bij een volstrekt vrijwillig model. Zie X, *The implementation of the Mediation Directive* (rapport Europees Parlement), Brussel, Europese Unie, Directoraat-Generaal Intern Beleid – Afdeling Beleid C, 2016, [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/571395/IPOL_IDA\(2016\)571395_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/571395/IPOL_IDA(2016)571395_EN.pdf) (consultatie 27 april 2018), p. 20. Zie eveneens A. de Roo en R. Jagtenberg, *Europese mediationpraktijken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 85-87 en 91.

65 Zie o.m. W. Meeuwissen, *Praktische gids bemiddeling – Met modellen*, Mechelen: Wolters Kluwer 2016, p. 79-81 ('Agrementor Bemiddelingstest') en S. de Bauw & B. Gayse, *Bemiddeling en rechtspraak hand in hand – wegwijs voor de rechter*, Brugge: Die Keure 2009, p. 84-86 ('Doorverwijzindicatoren').

Tom Wijnant

seerd hulpmiddel voorhanden is voor de rechter die het nut van een doorverwijzing moet inschatten, zou het doorverwijsgedrag wel eens sterk kunnen verschillen naargelang de rechtbank waar men zijn geschil aanhangig maakt. Dat kan een perceptie van willekeur teweegbrengen en is ten nadele van de rechtszekerheid. Zelfs als zaken na een verplichte doorverwijzing culminerend in een bemiddeld akkoord, betekent dat niet automatisch dat een verstandige trajectkeuze werd gemaakt. Recente resultaten van empirisch onderzoek kunnen deze stelling verduidelijken. In een onderzoek dat de Belgische advocaat bevroeg over bemiddeling,⁶⁶ bleek dat meer dan een derde van de respondenten oordeelt dat, wanneer een rechter bemiddeling voorstelt, hij aan de partijen de indruk geeft dat zij niet bij hem terecht kunnen voor de beslechting van het geschil. Nog eens 47% voelt zich na een vrijblijvend bemiddelingsvoorstel van de rechter geneigd om de eigen cliënt aan te moedigen om de bemiddeling op te starten om een goede indruk te maken op de rechter. Meer dan 60% stelt zelfs dat het voorstel van de rechter om te bemiddelen niet altijd vrijblijvend is, ook al was dat op het moment van de bevraging (juridisch gezien) absoluut wel het geval. Rechters van hun kant blijken zich dan weer niet bewust te zijn van de impact die hun maatschappelijke positie heeft op de perceptie die hun 'vrijblijvend' voorstel teweegbrengt.⁶⁷ Het is aannemelijk dat dit perceptieprobleem nog meer doorweegt bij de rechtzoekende. Als dat waar is, is het niet ondenkbaar dat de partijen een gevoel van rechtsweigering en schikkingsdwang beleven. Dat is problematisch, zeker wanneer een rechterlijke tussenkomst in de gegeven omstandigheden de uitgelezen weg is naar een kwalitatieve oplossing voor het geschil. De bovenstaande cijfers zijn in elk geval zorgwekkend. Ik vrees immers dat de ongewenste neveneffecten van de gezagspositie van de rechter nog uitvergroot zullen worden wanneer de rechter zich niet hoeft te beperken tot een vrijblijvende suggestie maar ook daadwerkelijk tot dwang kan overgaan. In die zin is het sluiten van een akkoord geen garantie dat de verplichte doorverwijzing opportuun was, wanneer die beslissing bijvoorbeeld werd ingegeven door gepercipieerde schikkingsdwang. De bovenstaande vaststellingen maken mij uiterst sceptisch ten aanzien van de waarde van de verplichte gerechtelijke bemiddelingspoging die in het Belgische recht werd ingevoerd. Dat de potentiële voordelen van bemiddeling voor zowel conflictpartijen als de maatschappij vandaag onvoldoende worden benut en dat de stimulering van bemiddeling daarom toegejuicht kan worden, staat buiten kijf. Of het doel de middelen heiligt, is een andere vraag. Hierboven werd immers duidelijk dat de verplichte doorverwijzing naar bemiddeling in de huidige stand van

66 De eerste bevindingen uit dit onderzoek, dat integraal deel uitmaakt van het doctoraal onderzoek van de auteur, werden toegelicht in T. Wijnant, *Bevraging van de Belgische advocatuur over bemiddeling: eerste resultaten*, TMD 2018/1, p. 22-40. De uitgebreide onderzoeksresultaten worden in boekvorm gepubliceerd in de reeks 'Bibliotheek Burgerlijk Recht en Procesrecht' van uitgeverij Larcier.

67 W. Hensen, *Gerechtelijke bemiddeling. Knelpunten en mogelijkheden*, Brugge: Die Keure 2018, p. 139, nr. 314. Over druk vanwege de rechter, zie G. Hiernaux, *Quelques méandres jurisprudentiels en matière d'application de la loi sur la médiation familiale* (noot onder Luik 15 januari 2007, Jeugdrb. Brussel 8 november 2006 en Jeugdrb. Brussel 8 november 2006), JLMB 2007, p. 537-539.

Verplichte doorverwijzing naar bemiddeling: we can lead a horse to water, but can we make it drink?

zaken mogelijk onvoldoende garanties biedt voor een verstandige, gepaste en wel-overwogen doorverwijzing naar bemiddeling. Percepties van willekeur, rechtsweigeren of schikkingsdwang zouden het imago van bemiddeling daarnaast weleens onherstelbaar kunnen schenden. Bemiddeling zal mogelijk niet worden aangewend omwille van de mogelijke voordelen, maar wel 'omdat het moet'. Als de bemiddelingspoging inderdaad niet wordt ervaren als een kans naar een toekomstgerichte oplossing, maar wel als een verplicht nummertje om het toegangsticket naar justitie terug te winnen, dan zagen we bemiddeling de poten van onder de stoel. Die negatieve connotatie heeft mogelijk nog een pervers neveneffect. Ik noem dit de 'paradox van de verplichte bemiddeling': hoewel de maatregel partijen meer wil laten bemiddelen en tracht een mentaliteitswijziging teweeg te brengen, zal een kwalijke reputatie van de verplichte bemiddelingspoging de bemiddelingsbereidheid van de burger mogelijkterwils op termijn doen dalen, eerder dan een bemiddelingscultuur tot stand te brengen.

Het draagvlak binnen de Belgische advocatuur

De advocaat is en blijft een zeer belangrijke schakel in de hedendaagse conflictoplossingsketen: wanneer een partij verweekeld raakt in een conflict, zal zij in heel wat gevallen⁶⁸ een toevlucht nemen tot haar raadsman. Die raadsman verleent vervolgens als 'eerste rechter' niet alleen advies over de juridisch-inhoudelijke aspecten van het conflict, maar moet de partij ook doorverwijzen en begeleiden naar en bij het meeste geschikte traject voor de oplossing van het geschil.

Het is in zijn rol van partijondersteuner dat de advocaat een uiterst belangrijke bijdrage kan leveren, hetgeen ongetwijfeld een verregaande impact heeft op het succes van de verplichte gerechtelijke bemiddeling. Advocaten zullen, bij gebrek aan een duidelijk wettelijk kader, via de begeleiding van de cliënt invulling kunnen geven aan de bemiddelingspoging. Wanneer de advocaat geen heil ziet in

68 Zo blijkt uit Nederlands onderzoek dat 12% van de burgers met een potentieel (juridisch) probleem de stap zet naar een advocaat. Dat is een erg behoorlijk aandeel, rekening houdende met het feit dat uit hetzelfde onderzoek bleek dat een kwart van de respondenten overwogen heeft of geprobeerd heeft een rechtshulpverlener in te schakelen maar dit uiteindelijk niet nodig vond, onder meer omdat men het probleem zelf of met anderen had kunnen oplossen (28%), men liever geen slepende juridische procedure wilde (17%) of omdat men nog even wilde afwachten (18%). Het ligt inderdaad binnen de verwachting dat burgers geen advocaat zullen willen inschakelen wanneer zij in ieder geval nog het gevoel hebben het probleem zelf te kunnen afhandelen. Ook de verwachte hoge kostprijs van juridische bijstand is vanzelfsprekend een drempel (18%). Respondenten die aangaven geen enkele stap ondernomen te hebben, gaven eveneens aan dat zij dat niet nodig achtten omdat het probleem zichzelf had opgelost (39%) of omdat het geschil van dien aard was dat verdere stappen niet de moeite waard waren (21%). Ondanks het gegeven dat een groot deel van de problemen ook zonder bijstand door een advocaat kon worden opgelost en dat financiële drempels de toegang naar de advocaat ongetwijfeld bemoeilijken, blijft het percentage burgers dat wel een advocaat inschakelt redelijk hoog. In die gevallen speelt de advocaat een grote rol in de keuze van het traject voor geschiloplossing. Zie M.J. ter Voert & C.M. Klein Haarhuis, *Geschilbeslechtingdelta 2014*. Over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2015, p. 15, 81-82, 87-90. Voor België zijn geen data voorhanden.

Tom Wijnant

bemiddeling en zijn cliënt, bij gebrek aan wettelijke minimumvereisten, in de richting van een *pro forma*-benadering stuurt, dan mist de bemiddelingssessie zonder twijfel haar doel. Het is een heel ander verhaal als de advocaat-partijondersteuner zijn cliënt aanspoort om de poging ernstig te nemen en de kans op een win-winresultaat waar mogelijk te benutten. Doordat de advocaat een belangrijk aandeel heeft in de slaagkansen van het systeem, is het belangrijk om het draagvlak binnen de advocatuur na te gaan.

Uit recent empirisch onderzoek⁶⁹ blijkt (weinig verrassend) dat een ruime meerderheid van de advocaten zich verzet tegen de invoering van een verplichte bemiddelingspoging. Ruim 55% van de respondenten oordeelde dat de verplichte bemiddelingspoging geen plaats verdient in het Gerechtelijk Wetboek. 35% van de respondenten zag er wel heil in, terwijl 10% hierover geen mening had gevormd. Hierbij moet worden onderstreept dat de advocaten niet bevraagd werden over de verplichte *gerechtelijke* bemiddeling, zoals nu werd goedgekeurd, maar wel over de mogelijkheid om een verplichte *voorafgaande* bemiddelingspoging in te voeren waarbij partijen in bepaalde materies een bemiddelingspoging moeten ondernemen *vooraleer* zij toegang krijgen tot de rechter. Desondanks lijkt het aannemelijk dat de resultaten in dezelfde lijn zouden liggen wanneer naar de invoering van een verplichte *gerechtelijke* bemiddelingspoging werd gevraagd.⁷⁰

De voorstanders onder de respondenten zien vooral heil in de verplichte bemiddelingspoging bij emotioneel geladen conflicten, waaronder burengeschillen, bouwgeschillen en familiale conflicten, temeer wanneer minderjarige kinderen betrokken zijn. Ook andere geschillen waarbij de toekomstige relatie tussen de partijen van belang is, zouden aan een verplichting onderworpen kunnen worden. Tegenstanders oordelen dan weer dat de absolute vrijwilligheid tot de essentie van het traject behoort en de aantasting ervan de eigenheid van de bemiddeling ondermijnt. Zij vrezen dat de toegang tot de rechter onnodig wordt bemoeilijkt, dat partijen nodeloos op kosten worden gejaagd en dat de verplichting zal worden misbruikt om de behandeling van de zaak te vertragen. Een verplichting getuigt volgens meerdere respondenten bovendien van overdreven paternalisme. Zowel voor- als tegenstanders uiten ten slotte hun bezorgdheid dat de verplichting een ‘formeel akkefietje’ wordt en daardoor contraproductief zal zijn.

De eerder negatieve resultaten stemmen overeen met de nota van de Orde van Vlaamse Balies, die begin maart 2018 tijdens een hoorzitting van de Commissie voor de Justitie van de Kamer werd behandeld en waarin de OVB het absolute karakter van de vrijwilligheid van de bemiddeling verdedigt.⁷¹ Ook aan de andere

69 Supra noot 61.

70 Dat ligt in lijn met empirische onderzoeksresultaten uit recent doctoraatsonderzoek betreffende de gerechtelijke bemiddeling. Zie W. Hensen, Gerechtelijke bemiddeling. Knelpunten en mogelijkheden, Brugge: Die Keure 2018, p. 151, nr. 332.

71 Orde van Vlaamse Balies, Nota betreffende het wetsontwerp van 5 februari 2018 houdende diverse bepalingen inzake burgerlijk recht en houdende wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op de bevordering van alternatieve vormen van geschillenoplossing, 6 maart 2018, www.ordeexpress.be/UserFiles/ArtikelDocumenten/Nota%20OVB%20wetsontwerp%205%20februari%202018%20bemiddeling%20en%20collaboratieve%20onderhandeling.pdf (consultatie 29 maart 2018), p. 1 en 6-7.

Verplichte doorverwijzing naar bemiddeling: we can lead a horse to water, but can we make it drink?

kant van de taalgrens vindt de *Ordre des barreaux francophones et germanophone* de maatregel een brug te ver, en noemt ze mogelijk contraproductief of zelfs compleet nutteloos.⁷² Daarmee volgen de ordes het standpunt van de Raad van State⁷³ en de Hoge Raad voor de Justitie,⁷⁴ die oordelen dat de burger in alle vrijheid en met kennis van zaken moet kunnen kiezen voor een minnelijke traject voor geschiloplossing, nu die vrijwilligheid cruciaal zou zijn voor de bereidheid om volledige medewerking te verlenen aan het traject. De HRJ geeft de voorkeur aan een meer bescheiden rol voor de rechter, waarbij die laatste vooral moet instaan voor een betere informatiedoorstroom naar partijen en hun advocaten over de voor- en nadelen van bemiddeling.⁷⁵ Deze zienswijze valt m.i. echter moeilijk te rijmen met de realiteit, nu de rechter niet over de nodige tijd en middelen beschikt om die taak terdege op zich te nemen.⁷⁶ De eindverantwoordelijkheid om de cliënt naar behoren te informeren moet daarom niet bij de magistraat worden gelegd, die zich moet kunnen focussen op zijn kerntaken (nl. recht spreken, of waar mogelijk minnelijk schikken). Degelijk informeren is in de eerste plaats een taak van de partijondersteuner, in het bijzonder de advocaat. Het is bijgevolg in eerste instantie de advocaat die aangemoedigd⁷⁷ en in bepaalde gevallen bijgeschoold moet worden om zijn cliënt adequaat in te lichten over en door te verwijzen naar het meest gepaste traject. Bijscholing blijkt geen overbodige luxe te zijn,

- 72 AVOCATS.BE, Note d'observations d'AVOCATS.BE sur le projet de loi portant dispositions diverses en matière de droit civil et portant modification du Code judiciaire en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges (n° 2919/001), 13 februari 2018, verkregen via e-mail, p. 1-2. De OBFJ stelde hierbij voor om het ontwerp te amenderen opdat de bemiddelingspoging niet verplicht kan worden wanneer alle partijen zich daartegen verzetten. Bij amendement werd hieraan gehoor gegeven. Zie supra noten 7 en 8.
- 73 Adv. RvS nr. 61.997/4 bij het wetsontwerp houdende diverse bepalingen inzake burgerlijk recht en houdende wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op de bevordering van alternatieve vormen van geschillenoplossing, Parl.St. Kamer 2017-18, nr. 54-2919/1, p. 551-555.
- 74 Adv. HRJ over titel 9 van het wetsontwerp houdende diverse bepalingen inzake burgerlijk recht en houdende wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op de bevordering van alternatieve vormen van geschillenoplossing, 5 maart 2018, www.hrj.be/sites/default/files/press_publications/advies_20180305_nl.pdf (consultatie 7 juni 2018), p. 1.
- 75 Adv. HRJ over titel 9 van het wetsontwerp houdende diverse bepalingen inzake burgerlijk recht en houdende wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op de bevordering van alternatieve vormen van geschillenoplossing, 5 maart 2018, p. 4.
- 76 Dat blijkt o.m. uit gesprekken met Belgische familierechters, die reeds sinds 1 september 2014 verplicht zijn om partijen op de inleidingszitting in te lichten over verzoening, bemiddeling of elke andere vorm van minnelijke geschiloplossing (art. 731 lid 4 Ger.W.). Die informatieverplichting zou in de praktijk, bij gebrek aan tijd, vaak neerkomen op een formaliteit. De auteur kon dit ook vaststellen tijdens een observatie binnen de familierechtbank, waarbij de rechter hooguit marge had om te vragen of men al aan bemiddeling had gedacht.
- 77 Vgl. nieuw art. 444 lid 2 Ger.W.: '[De advocaten] informeren de rechtszoekende over de mogelijkheid tot bemiddeling, verzoening en elke andere vorm van minnelijke oplossing van geschillen. Indien zij van mening zijn dat een minnelijke oplossing van het geschil overwogen kan worden, trachten zij die in de mate van het mogelijke te bevorderen.'

Tom Wijnant

nu uit het hierboven beschreven onderzoek blijkt dat er binnen de advocatuur nog steeds hardnekkige misverstanden bestaan over bemiddeling.⁷⁸

De geplaveide weg naar Rome

Alle wegen leiden naar Rome. De weg die de wetgever inslaat via de verplichte bemiddelingspoging is echter, zoals hierboven werd uiteengezet, niet zonder gevaar. Ik ben bevreesd voor een uiterst hobbelig parcours, waarbij de kar met gebroken wielen strandt nog voor de beoogde eindbestemming werd bereikt. De verplichte bemiddelingspoging resulteert vermoedelijk niet in een optimaal gebruik van bemiddeling. Imagoschade kan er zelfs toe leiden dat de doorgedreven inspanningen die de afgelopen decennia in de bemiddelingspraktijk werden geleverd en die reeds een zekere opgang van bemiddeling mogelijk hebben gemaakt, teniet worden gedaan. Ook de bereidwillige medewerking van de advocatuur lijkt geen evidentie.

De beleidsmakers kunnen nochtans talloze andere wegen bewandelen die niet noodzakelijk radicaal inhakken op de vrije keuze van de conflictpartijen, zonder daarom minder doeltreffend te moeten zijn. Daarbij moet voornamelijk worden gedacht aan maatregelen die ingrijpen op fases die een gerechtelijke procedure voorafgaan, met name de preconflictuele fase⁷⁹ en de strategische fase.⁸⁰ Dat de overheid nu voornamelijk ingrijpt in de procesfase is vatbaar voor kritiek, doordat ze onvoldoende rekening houdt met de positie van de procespartijen. Zij moeten vandaag immers al heel wat hordes nemen om bij de overheidsrechter te geraken. Uit de Nederlandse Geschilbeslechtsingsdelta blijkt bijvoorbeeld dat slechts 4% van de respondenten met één of meer (potentieel) juridische problemen uiteindelijk een beroep doet op de rechter.⁸¹ Bepaalde barrières ontmoedigen heel wat burgers om die stap te zetten, o.m. omdat men niet verwacht dat een rechterlijke tussenkomst zal helpen, zij geconfronteerd worden met een gebrek aan kennis of de verwachting heerst dat een procedure te veel tijd en moeite in beslag neemt of te veel geld kost (hetgeen in het huidige klimaat, door de verhoging van de financiële drempels naar justitie, alleen maar wordt versterkt).⁸² We moeten daarom uiterst behoedzaam omgaan met de mogelijkheid om partijen onder dwang van de rechter weg te halen nadat zij reeds aanzienlijke financiële, emotionele en tijdsinvesteringen hebben gedaan om de hindernissen op weg naar de rechter te

78 Zo dacht ruim 31% van de deelnemende advocaten dat de bemiddelaar een bindende oplossing aan de partijen kan opleggen indien de bemiddelende partijen daar zelf niet in slagen. Zie T. Wijnant, Bevraging van de Belgische advocatuur over bemiddeling: eerste resultaten, TMD 2018/1, p. 22-40.

79 D.i. de fase die aan het ontstaan van het conflict voorafgaat.

80 D.i. de fase waarin reeds sprake is van een actueel conflict, maar waarbij de betrokken conflict-partij zich nog beraadt over de conflictstrategie, d.i. of en op welke manier men het conflict wil oplossen.

81 M.J. ter Voert & C.M. Klein Haarhuis, *Geschilbeslechtsingsdelta 2014. Over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2015, p. 94.

82 Ter Voert & Klein Haarhuis 2015, p. 98.

Verplichte doorverwijzing naar bemiddeling: we can lead a horse to water, but can we make it drink?

overwinnen. Ook om die reden is de verplichte bemiddelingspoging wel zeer – en misschien te – ingrijpend.

De overheid doet er goed aan om haar focus te verleggen naar positieve maatregelen waarbij de toegang tot de rechter niet wordt bemoeilijkt (hoewel dat het laatste decennium haast een onuitgesproken mantra lijkt). De drempel naar alternatieve trajecten moet daarentegen net worden verlaagd. Dat kan, maar hoeft absoluut niet beperkt te zijn tot financiële stimuli,⁸³ zoals fiscale voordelen gekoppeld aan een bemiddelingspoging. Ook de intellectuele drempel naar ADR moet dringender lager. Daarbij speelt vooral een diepgaande inzet op onderwijs een rol. De Belgische rechtenfaculteiten, waaronder die van de Universiteit Hasselt en de Universiteit Gent, nemen in die beweging het voortouw. Door de invoering van verplichte opleidingsonderdelen rond alternatieve geschillenoplossing wordt bij de toekomstige juristen bewustzijn gecreëerd over de beperkingen van het klassieke strijdmodel waarin de oudere garde werd opgeleid. Daarmee worden de studenten voorbereid op een veranderende juridische markt, waarbij zij aanleren hoe zij hun expertise ook buiten het strijdtoneel van de rechtbank kunnen aanwenden. De hoop is dat deze beweging zich in de komende jaren verder uitbreidt, niet alleen naar andere academische en professionele opleidingen in het hoger onderwijs maar ook naar het secundair en zelfs lager onderwijs. Het is geen alleenrecht voor juristen om een belangengerichte en duurzame aanpak van conflict aangeleerd te krijgen. Conflict is inherent aan menselijke interactie, waardoor ook andere beroepsgroepen (en de burger in het algemeen) gebaat zijn bij een nieuwe basisattitude die het gepaste gebruik van de verschillende trajecten voor geschillenoplossing centraal plaatst. Hoewel de verplichte bemiddelingspoging mogelijk op korte termijn aanzienlijke resultaten teweeg zal brengen (in ieder geval wat het aantal bemiddelingen betreft), getuigt vooral een doorgedreven inzet op 'conflict-onderwijs' van een langetermijnvisie die een daadwerkelijke mentaliteitswijziging teweeg kan brengen. Dat is mijns inziens de geplaveide weg naar Rome.

Conclusie

Deze bijdrage bevat een aantal kritische kanttekeningen bij het nieuwe Belgische systeem van de verplichte gerechtelijke doorverwijzing naar bemiddeling, dat op 12 juli 2018 in werking trad. Zo werd vastgesteld dat de wetswijziging de vrijwilligheid van de bemiddeling niet alleen aantast op het niveau van de aanvang van het traject. Ook de vrijheid van de partijen om de bemiddeling naar wens te organiseren, lijkt te worden ingeperkt. De invoering van een wettelijke definitie van bemiddeling dreigt immers bepaalde deugdelijke verschijningsvormen uit te sluiten, waardoor vooral de diversiteit in bemiddelingsstijlen in het gedrang komt. Daarnaast werd opgemerkt dat de draagwijdte van de verplichting geheel onduidelijk is, waardoor de invulling ervan bij gebrek aan duidelijk kader louter afhan-

83 Zie daaromtrent G. Verschelden, *Alternatieve geschillenoplossing in familiezaken: promotie met financiële stimuli*, T.Fam. 2017, p. 110-112

Tom Wijnant

kelijk is van de welwillendheid van de partijen en hun ondersteuners. De wetgever schept het best duidelijkheid.

Hoewel noch Europese regelgeving noch de rechtspraak van het Hof van Justitie en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens een principieel bezwaar impliceert tegen de verplichte bemiddelingspoging, moeten ook de Belgische regering en het parlement alert blijven opdat de maatregel het recht op toegang tot de rechter niet onaanvaardbaar belemmert. Een financiële tussenkomst van de Staat in de kosten van de verplichte bemiddelingspoging lijkt daartoe een nuttige maatregel, maar wordt tot op heden nog niet voorzien. Een lagere financiële drempel zou de oprechte bemiddelingsbereidheid van de conflictpartijen bovendien ten goede kunnen komen.

Het valt vervolgens op dat vooral bemiddeling met de aandacht van de beleidsmakers gaat lopen. De overheid mag zich desalniettemin niet laten verleiden tot een blinde verheerlijking van bemiddeling, die als *deus ex machina* de gerechtelijke achterstand op de knieën moet dwingen. Zij opteert bij voorkeur voor een globale aanpak, waarbij het gepast gebruik van het hele spectrum aan trajecten centraal staat. Die aanpak moet de rechtzoekende in staat stellen een *verstandige* keuze te maken voor bemiddeling en moet leiden tot een evenwichtige relatie tussen rechtspraak en alternatieve trajecten, waarbij ook het potentieel van bemiddeling optimaal wordt benut.

In deze bijdrage werd ook vastgesteld dat de verplichte bemiddelingspoging in haar huidige vorm mogelijk onvoldoende waarborgen biedt voor een verstandige, gepaste en weloverwogen doorverwijzing naar bemiddeling. Percepties van willekeur, rechtsweigering of schikkingsdwang kunnen bemiddeling de poten van onder de stoel zagen en leiden mogelijkerwijs tot de ‘paradox van de verplichte bemiddeling’, met een negatieve impact op de bemiddelingsbereidheid van de burger tot gevolg. Ook het beperkte draagvlak binnen de advocatuur kan nefast zijn voor het succes van het systeem. Doordat de goedgekeurde verplichte bemiddelingspoging vermoedelijk niet zal leiden tot een optimaal gebruik van bemiddeling, kan men zich bijgevolg afvragen of we niet beter inzetten op minder verregaande ingrepen. De voorkeur gaat dan uit naar positieve maatregelen, zoals financiële stimuli en doordacht conflictonderwijs in zowel lager, secundair als hoger onderwijs.

Het is toe te juichen dat de regering en het parlement zich onvermoeibaar blijven inzetten in de strijd tegen de gerechtelijke achterstand, die een oud zeer blijft voor de Belgische justitie. Ook de hernieuwde aandacht voor alternatieve geschillenoplossing moet helpen de rechtbanken te ontlasten. Hierbij hoort evenwel nog een laatste kritische noot. Ik verwijs naar een treffende analogie van De Jaeger, die de talrijke pogingen van de wetgever om de achterstand weg te werken, vergelijkt met het slaan op een piñata. De Jaeger schept het beeld van een felgekleurde figuur van papiermaché, gevuld met snoep, die wordt opgehangen aan een boom en waar de jarige geblinddoekt op slaat om de piñata te breken en de inhoud te bemachtigen. De wetgever is in dat beeld de jarige, die telkens opnieuw tracht te slaan op de piñata (de gerechtelijke achterstand) door middel van legislatieve

Verplichte doorverwijzing naar bemiddeling: we can lead a horse to water, but can we make it drink?

ingrepen in het gerechtelijk recht. Hij blijft daarbij echter geblinddoekt, nu hij bij gebrek aan objectief en betrouwbaar cijfermateriaal de daadwerkelijke impact van een hervorming niet kan inschatten, laat staan behoorlijk kan evalueren.⁸⁴

De invoering van de verplichte gerechtelijke bemiddelingspoging is, in lijn met de bovenstaande analogie, de zoveelste slag van de wetgever. Of die eindelijk raak is, valt af te wachten. Het is in elk geval absoluut noodzakelijk dat de doorverwijsp praktijk in de Belgische hoven en rechtbanken zo veel en zo transparant mogelijk zal worden opgevolgd. Dat laat niet alleen toe om de doeltreffendheid van de maatregel per afdeling of gerechtelijk arrondissement te meten, maar biedt tegelijk de mogelijkheid om statistische verbanden te identificeren tussen enerzijds conflict- en partijenmerken en anderzijds de slaagkans, hetgeen een betrouwbaar hulpmiddel zou zijn voor de beoordeling van de bemiddelbaarheid. Het is evenzeer belangrijk om de impact van de verplichting op de perceptie en ervaring van de rechtzoekende door te lichten om de omvang van (on)gewenste neveneffecten⁸⁵ in kaart te brengen. Onafhankelijk en multidisciplinair empirisch onderzoek biedt ten slotte een opportuniteit om het systeem op een gefundeerde manier bij te sturen en uiteindelijk te evalueren. Enkel wanneer de wetgever zijn blinddoek afneemt, zal hij kunnen oordelen of het voortbestaan van de maatregel op termijn gerechtvaardigd is. *We can lead a horse to water, but can we make it drink?* Dat zal moeten blijken.

84 Zie T. de Jaeger, Gerechtelijke achterstand – De piñata van de wetgever, NJW 2017, p. 290-307.

85 Is er een perceptie van rechtsweigering? Welke impact heeft de bemiddelingspoging op het welzijn van de betrokken partijen? Hoe tevreden is men met het resultaat van de bemiddeling?